

V. PANUCCIO

La buona fede nei contratti commerciali internazionali
(principi unidroit), applicazione alla *Joint Venture**

L'occasione: il tema di oggi attiene alla *Joint Venture*, in italiano, grosso modo, associazione o raggruppamento di imprese, un contratto atipico, nato dalla esigenza di carattere economico di fronteggiare situazioni che per la loro complessità e onerosità esigono il concorso di più imprese. Una creatura, dunque, di esigenze metagiuridiche, fenomeno frequente specie nel diritto commerciale, ove l'art. 1322 2° comma cc. consente in presenza di un interesse meritevole di tutela, di far ricorso a schemi giuridici non tipicamente e specificamente disciplinati. Questa norma è per noi provvidenziale, di contro alla inerzia o al ritardo del legislatore nel disciplinare certi fenomeni emergenti nella realtà socio economica, è sufficiente una valutazione circa l'interesse perseguito, la finalità dell'istituto, e stabilirne la meritevolezza secondo l'ordinamento giuridico perché il contratto abbia legittimità e ingresso nella regolamentazione dei rapporti intersoggettivi. E infatti di questi principi è stata fatta applicazione proprio per il contratto in esame, la cui ammissibilità fu in un primo tempo contestata dalla giurisprudenza, intorno agli anni 70, sostenendosi che l'unico spazio per simili fenomeni era quello societario, e che non poteva esistere una società di fatto fra società di persone e società di capitali, ma che fu invece poi pacificamente ammessa sotto la spinta della dottrina, a partire dalla Cassazione 1973 e 1975, riconoscendosi un tale contratto associativo atipico, distinto dal contratto di società, con un vincolo interno, senza patrimonio né impresa; contratto concluso fra più imprese in vista della acquisizione e dell'esecuzione congiunta di una particolare realizzazione, rispondente all'interesse proprio di quelle forme contrattuali diverse ed anzi frequenti nella attività economica delle imprese come combinazioni di affari – si pensi ai con-

*(Relazione all'incontro con gli Avvocati Australiani, Messina, 26 aprile 1999)

tratti chiavi in mano – per lo più inerenti all'esercizio di opere pubbliche, una forma di integrazione di imprese, come si dice orizzontale, diversamente dalle forme di integrazione verticale (subappalto, subfornitura etc.). Il negozio è inquadrato nell'ambito delle associazioni meramente interne, e può parlarsi di contratto con comunione di scopo, ove ciascuna impresa mantiene la sua autonomia, non dando vita almeno di regola all'esercizio in comune di un'attività economica. Va chiarito che la figura di raggruppamento di imprese include nel minimo due rapporti: il primo fra le imprese riunite e il secondo fra queste imprese e il soggetto committente o concedente; dico nel minimo, perché questo modello non esclude che all'interno, accanto e dentro, del raggruppamento vi siano ulteriori rapporti

In sintesi quindi la situazione giuridica che caratterizza questa figura si sostanzia: 1) in un rapporto contrattuale fra le imprese raggruppate, in modo che esse possano presentarsi unitariamente alla controparte committente; e 2) nella contitolarità da parte delle imprese riunite del rapporto (di appalto, somministrazione concessione o altro) con la controparte. Ed è sufficiente quanto precede come base di discussione, essendo le fonti normative italiane, per ipotesi specifiche, riconducibili a una legge del 1967 n. 613 in materia di idrocarburi, ad altra del 1977 n. 584 sugli appalti di opere pubbliche, e infine alla legge 1981 n. 113: leggi speciali che ricalcano uno schema legale minimo ricondotto al mandato e al vincolo solidale delle imprese riunite dal quale si può passare a una forma più complessa, come le società consortili, il GEIE, etc. La situazione, dunque, non si discosta dalla mera contitolarità del rapporto obbligatorio e dal regolamento dei rapporti intersoggettivi. Sviluppi applicativi della figura sono, come accennato, lo strumento della società consortile in vista di una gestione in sociale della operazione economica sottostante al raggruppamento o al GEIE, e inoltre poiché gli strumenti adottati sono largamente applicativi delle norme sul mandato e sulla obbligazione solidale in generale, (salvo che l'opera non sia frazionabile, nel qual caso la solidanza si ha solo con l'ente che rappresenta) uno sviluppo ulteriore è l'applicabilità dell'istituto anche al di fuori delle opere e delle forniture pubbliche, sia per appalti privati nazionali od esteri, sia per altri tipi di operazioni sulla base della interpretazione estensiva e della analogia.

* * * * *

A questo punto voglio farvi partecipi della occasione che queste poche note sull'istituto mi hanno dato di ampliare il discorso, verso un tema che nella giornata di ieri ha avuto echi frequenti nella relazione del Consigliere Charles

Stephen e del prof. Stagno d'Alcontres. Entrambi, se pur con motivazioni diverse, e per profili diversi, hanno accennato all'impiego di clausole generali, di standards valutativi di comportamenti, come buona fede, di elementi soggettivi negli obblighi, di perseguimento di scopi buoni, dell'impiego di modi ragionevoli, di cura degli interessi dell'uomo medio etc. Tanto più questi richiami sono apparsi indispensabili, di fronte alla riconosciuta insufficienza di disposizioni legislative statali, sicché si è sottolineata la particolare capacità e preparazione degli arbitri che assicurino decisioni corrette ispirate al buon senso e alla ragionevolezza e persuasività. La tentazione di allargare il discorso in questi sensi, tanto da modificare il titolo della mia relazione, da questo punto in poi, in quello della buona fede nei contratti commerciali internazionali (principi unidroit), mi ha coinvolto, perché si tratta di un tema per così dire di scuola, di quella scuola giuridica messinese alla quale hanno accennato ieri i politici, particolarmente attenta alla teoria generale del diritto, e che ha dato contributi notevoli non solo alle ricerche sugli atti giuridici, ma anche sull'argomento specifico degli standards valutativi di comportamento, o come anche può dirsi dei concetti indeterminati (gli Unbestimmten Rechtsbegriffen di Heck), delle clausole generali, negli studi sia filosofici (R. De Stefano, Farias), sia di teoria generale (Pugliatti, Falzea). È un tema di viva attualità: Gambaro (in Quadrimestre 1991, 386) ha osservato che il modello destinato ad imporsi nel mondo è non tanto quello delle clausole generali quanto proprio dei concetti indeterminati.

E vi è poi una ragione particolare che ha per così dire legittimato questa digressione al tema della *Joint Venture*: un classico dei contratti commerciali internazionali, Michael Joachim Bonell, studiando un approccio nuovo alla disciplina di questi contratti cui vengono applicati i principi dell'Unidroit (di cui dirò fra poco) ad opera dei giudici statali e degli arbitri, ha ricordato un gruppo di decisioni arbitrali nelle quali le singole disposizioni di tali principi sono state invocate per giustificare la soluzione adottata (così in qualche modo ovviando a quegli inconvenienti emersi nelle relazioni di ieri circa la difficoltà di trovare la normativa idonea a risolvere i problemi del commercio internazionale). Ebbene, ben cinque hanno fatto riferimento alle disposizioni sulla buona fede in generale e sullo speculare divieto di negoziare in malafede, e fra queste ne è ricordata una, in un procedimento tuttora in corso, su un accordo di *joint venture* tra imprese latino americane e statunitensi.

Per tutte queste ragioni, unite anche a un mio personale interesse culturale al tema (per questo ringrazio per l'occasione offertami da questo incontro), ho generalizzato l'angolo visuale dal singolo contratto alla buona fede nei principi unidroit sui contratti commerciali internazionali.

Le premesse:

a) un semplice accenno alla natura dei principi dell'Unidroit: questi principi per loro stessa natura mancano di una efficacia vincolante; possono sperare di imporsi nella pratica solo se stanno al passo con le sempre mutevoli condizioni del commercio internazionale, con l'appoggio degli operatori pratici e degli ambienti accademici, imponendosi soltanto per la loro capacità di persuasione che sapranno esprimere in futuro nella prassi (VOLPE, *I principi Unidroit ne l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, p. 50). Si tratta di esperienze di diritto desunte dalle varie prassi, soprattutto dottrinali e giurisprudenziali, che si inquadrano in un indirizzo fortemente critico verso i modelli ispirati al positivismo legale (DI MAJO, *I principles dei contratti commerciali, internazionali fra civil law e common law*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, p. 613), sottoposti a continue revisioni e adattamenti (è stato detto in proposito: "l'impresa di riformulare il diritto si può paragonare piuttosto al lavoro di adattamento di un edificio alle esigenze sempre nuove di chi vi abita. Tale compito, per sua stessa definizione è continuo"). L'iniziativa di elaborare principi dei contratti commerciali internazionali è scaturita (in un contesto differente da quello che, agli inizi degli anni venti aveva ispirato l'American Law Institut a dedicarsi a un progetto dei Restatements per cercare di ovviare alle carenze nello sviluppo del diritto americano, incerto e complesso) dalla idea di procedere a una esposizione sistematica del diritto vigente, per rendere certo ciò che ora è incerto, per semplificare ciò che è complesso, ma anche di promuovere quei cambiamenti necessari, per adattare meglio il diritto alle esigenze della vita. Ciò nasceva dalla considerazione dello stato attuale del commercio internazionale, le cui relazioni commerciali sono soggette in larga parte ai diritti statali, variabili spesso nei contenuti, e che comunque mal si adattano alle speciali esigenze del commercio internazionale. Né a ciò ripariano le convenzioni internazionali che, ispirate allo scopo di eliminare le incertezze per il coesistere di differenti sistemi nazionali, o restano lettera morta, o rivelano la loro insufficienza per la frammentarietà. Senza dire della limitata capacità di adattamento alle nuove esigenze degli strumenti legislativi, troppo rigidi e ritardati dalle procedure internazionali che rallentano il processo di riforma del diritto (tanto che si è auspicato che, per favorire il necessario adeguamento del diritto uniforme ai nuovi sviluppi una codificazione non dovrebbe essere troppo dettagliata, ma limitarsi a enunciare principi generali). Né rappresentano un'alternativa valida i vari formulari e contratti tipo, predisposti prevalentemente da singole im-

prese o da associazioni di categoria, operanti sulle principali piazze del commercio internazionale, quasi tutte situate nei paesi industrializzati, quindi con carattere unilaterale, ed influenzate dai concetti giuridici dei rispettivi paesi di origine. Senza dire che tutti questi strumenti presuppongono sempre un sistema normativo più generale cui fare riferimento. Ed anche un contratto che prevedesse (il che è difficile) dettagliatamente ed esaurientemente i diritti e gli obblighi, un ipotetico contratto autosufficiente o senza legge non può fare a meno di un sistema giuridico oggettivo entro cui operare, e dovrebbe superare insormontabili barriere linguistiche e l'assenza di una terminologia giuridica unitaria. Queste difficoltà sono state descritte da Ole Lando, membro del gruppo di lavoro dell'Unidroit e rinomato arbitro internazionale che ha ricordato il senso di frustrazione che avverte chi, partecipando a un arbitrato internazionale, regolato da un diritto straniero, viene edotto sui contenuti di quel diritto da un altro partecipante che è "nativo" di tale sistema giuridico.

Di fronte a questi inconvenienti il fatto che i principi Unidroit, non sono destinati a diventare uno strumento vincolante non solo ha permesso una più ampia discrezionalità nella loro elaborazione, ma li ha resi anche più flessibili e capaci di rapido adattamento alle mutevoli condizioni della prassi commerciale internazionale (BONELL, *op. cit.*, p. 13, il quale, fra l'altro ricorda come tali principi sono stati una importante fonte di ispirazione per alcune codificazioni più recenti, ad es. codice civile olandese, del Quebec e per quello della federazione russa).

È il caso di insistere sul problema di fondo: quale valore pratico può attribuirsi a tali principi se essi non hanno, come dicevamo, carattere vincolante?

La risposta si ha nel preambolo dei principi stessi, (secondo comma) ove è detto che essi si applicano quando le parti abbiano convenuto che il loro contratto sia da essi disciplinato (anche se è previsto che essi possono svolgere una funzione ausiliaria, in modo tale che possa trovare applicazione indiretta). Ma una simile prospettiva è corretta? Una simile scelta della legge applicabile riguarda la possibilità di richiamare una legge nazionale (secondo taluno: FERRARI, *I principi per i contratti commerciali internazionali dell'Unidroit e il loro ambito di applicazione*, p. 305 si tratterebbe di un falso problema, perché questo principio varrebbe solo circa le regole di conflitto, non già quando l'autonomia delle parti si pone su piano negoziale). Questa disposizione costituisce un campanello di allarme per il giurista abituato alla scuola del diritto positivo, destinato a confrontarsi con una esperienza giuridica, quale quella dei singoli ordinamenti che concepisce la libertà contrattuale nella migliore delle ipotesi in termini di mero riconoscimento, di confronto con un interlocutore pri-

vilegiato che è l'ordinamento dello stato, sicché in questa crisi di legittimazione è necessario ricercare un nuovo baricentro.

Si è detto che la risposta si può trovare nell'analisi di singole norme, sempre del Preambolo, del capitolo terzo intitolato validità del contratto, dalle quali potrebbe dedursi quale spazio possa essere riconosciuto alla giustizia contrattuale in una esperienza che vede esaltata la autonomia privata.

Dopo questi cenni è il momento, tralasciando le singole norme, per le quali rinvio a VOLPE, *op. cit.*, p. 53-59, di discutere del tema più specifico: il principio di buona fede, come criterio ordinante.

b) Qui occorre subito intenderci: se l'esperienza di cui discutiamo è completamente votata alla ricerca di una ideologia liberale per quello che concerne le regole che debbono governare le contrattazioni private (numerose norme confermano la libertà contrattuale come una delle regole che stanno alla base dei principi unidroit, art. 1.1: "le parti sono libere di concludere un contratto e di determinarne il contenuto", norma che ha un ruolo fondamentale ribadito dall'art. 1.6, 2° comma secondo cui le questioni coperte dai principi unidroit, ma da questi non espressamente regolate vanno risolte "secondo i principi generali sui quali si basano", nonché nell'art. 1.5 il quale sancisce che le parti possano addirittura escludere o derogare l'applicazione dei principi o modificarne gli effetti, salvo disposizione contraria), tuttavia la possibilità del dispiegarsi della vicenda contrattuale basata solo su una esaltazione degli interessi dei contraenti, in ossequio a un liberalismo contrattuale imperante nel commercio internazionale, non può essere sfrenato e senza limiti, senza rispettare valori primari (l'art. 1.4 ad es. pone precisi limiti nel rispetto di norme imperative), donde la esigenza di rinvenire principi, il più possibile elastici che siano capaci di fornire una risposta alle molteplici istanze provenienti dal basso e indirizzate verso un mondo, come quello del commercio internazionale dai contorni mai troppo definiti (VOLPE, *op. cit.*, p. 60). E poiché non può dirsi che i contratti fra commercianti sono caratterizzati da consolidati principi di correttezza, occorre trovare rimedi che possano assicurare la correttezza nei rapporti commerciali, invece di limitarsi unicamente a venire incontro alle esigenze del commercio internazionale.

In questo spazio si inserisce e non certo marginalmente il **principio di buona fede**, in virtù della natura che lo caratterizza e i Principi Unidroit gli riconoscono un ruolo importantissimo. Basta dire che di questi un primo gruppo fa riferimento a questo principio a proposito della formazione del contratto, ma poi in pressoché tutti i capitoli ritroviamo disposizioni che a tale principio si rifanno (2.4(2), 2.15, 2.16, 2.18, 4.1, 4.8, 5.2, 5.3, 6.1.3, 6.1.5, 7.1.2,

7.4.8). Il primo comma dell'art. 1.7 afferma che "ciascuna parte deve agire in conformità alla buona fede nel commercio internazionale", così sottolineando che questa deve caratterizzare il comportamento delle parti in tutto il ciclo contrattuale, comprese le trattative (un principio simile ai sistemi di civil law e sconosciuto a quelli di common law). Può aggiungersi che il riferimento alla buona fede figura fra le general Provisions (disposizioni generali), norme che precedono la disciplina riguardante i singoli aspetti del contratto (formazione, validità, interpretazione, contenuto, esecuzione scioglimento), e la regola sulla buona fede (art. 1.7) segue quella sulla interpretazione e integrazione dei principi (art. 1.6), ma precede quella sugli usi (art. 1.8). Tuttavia deve notarsi che per non imbrigliare oltre misura la libertà contrattuale, i principi non danno una definizione di buona fede, ma piuttosto ne descrivono qualche generico obiettivo carattere: come il riferimento a criteri ordinari di correttezza e non secondo standards applicabili nei diversi ordinamenti giuridici nazionali (il riferimento alla buona fede nel commercio internazionale indica che agli standards di comportamento di coloro che operano nel commercio internazionale deve farsi riferimento-Bonell-e che possono divergere da quelli dei singoli diritti nazionali, così sottolineando il carattere oggettivo, e mostrando il riferimento a parametri che possono essere presi in considerazione solo nella misura in cui si mostrano universalmente accettati).

È stato esattamente notato (DI MAJO, *L'osservanza della buona fede nei principi unidroit sui contratti commerciali internazionali*, p. 145) che il riferimento alla buona fede non è mai solo, ma accompagnato a quello del fair dealing (rapporto corretto); la coppia good faith e fair dealing richiama il secondo Restatement del diritto degli Stati Uniti ove si stabilisce che ciascun contraente nella obbligazione deve rispettare buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto; sicché mentre la buona fede ha riguardo allo standard dell'*honeste agere* nell'acquisto dei diritti, il fair dealing è regola del comportamento esecutivo.

Le superiori considerazioni bastano ad aprire un discorso ulteriore su quale sia il modello di buona fede che i Principi hanno adottato, e in quale rapporto esso stia con la libertà contrattuale, specialmente in termini di derogabilità.

A questi temi è orientata ora la nostra residua indagine.

I diversi modelli di buona fede sono: quelli di civil law e di common law; entrambi hanno varianti: quello di civil law ha la variante francese e tedesca; quello di common law quella inglese e statunitense.

È bene darne qualche sommaria indicazione, al fine anche di paragonarli con quello adottato nei Principi Unidroit.

Nel modello **francese** l'art. 1134 co.3 del code civil a proposito degli effets de l'obligation stabilisce che "les contrats doivent être exécutés de bonne foi" (non si parla della contrattazione), tuttavia il richiamo agli effetti della obbligazione ha consentito alla giurisprudenza, inizialmente ancorata alla sola esecuzione, di estendere il principio anche nella fase della formazione del contratto, nel senso che si è parlato di un obbligo de contracter de bonne foi, e che si è riconosciuto (Ripert) che la buona fede è lo strumento di ingresso della règle morale nelle obbligazioni e nei contratti.

Rispetto al modello francese quello **italiano** ha una singolare evoluzione. Ben cinque norme si riferiscono alla buona fede: 1175, (correttezza del debitore e del creditore); 1337, (trattative e formazione del contratto); 1358 (comportamento da tenere nello stato di pendenza della condizione), 1366, (il contratto deve essere interpretato secondo buona fede); 1375 (il contratto deve essere eseguito secondo buona fede), oltre a norme specifiche (ad es. art. 1460 in tema di rifiuto della esecuzione di un contratto, contrario alla buona fede, art. 2598, 3 cc. in tema di concorrenza). Tuttavia, malgrado questa ricchezza di dati normativi, fino al 1970 lo *ius vivens* non attribuiva autonoma valenza alla violazione della buona fede, esigendo che tale violazione si riferisse ad altra norma, fonte di responsabilità. Solo in epoche recenti la giurisprudenza, specie in tema di abuso di poteri discrezionali (ad es. in tema di licenziamento dei dipendenti) ha ritenuto il dovere di buona fede autosufficiente, limitando il potere del contraente più forte, si pensi alla fideiussione omnibus ove al potere di dare credito al debitore dissestato a danno del terzo fideiussore si è opposto il limite della buona fede o dell'*exceptio doli*. Esempi ancor più significativi per la loro portata generale sono dati da quelle decisioni che hanno ritenuto a carico del contraente un obbligo di collaborare con l'altro in vista del risultato, oppure hanno sancito obblighi di astensione da comportamenti che, pur rispondendo a impegni contrattuali, possano pregiudicare gravemente gli interessi dell'altro.

Il modello tedesco è quello che impiega a tutto campo la nozione di buona fede senza alcun limite né ideologico, né positivo: è previsto un principio generale nel diritto delle obbligazioni (par. 242 BGB) non solo dei contratti; ha la veste di una clausola generale contenente parametri di condotta, direttive di azione, suscettibili di definizione solo nel momento della loro applicazione (Mengoni); la lettera del ricordato paragrafo fa propendere per la buona fede nella esecuzione della prestazione (Bewirkung der Leistung) e la buona fede è ancorata agli usi del traffico (i Verkehrssitte) cioè a un parametro oggettivo, che si richiama agli usi del commercio (par. 346 HGB); l'assonanza con gli

usi è assai vicina, ma mentre questi sono fonti di diritto di per sé, l'uso richiamato dalla buona fede non lo è, essendo solo un criterio alla cui stregua valutare il comportamento di buona fede (Di Majo). Guardando ai contenuti (di solito limiti che contrastano comportamenti arbitrari e scorretti che tradiscono la fiducia del contraente) si è detto che il modello tedesco tende a recuperare sul terreno delle obbligazioni la giurisdizione equitativa a fronte di quella di stretto diritto, con aspetti correttivi del diritto di fonte legale, anche se tale modello tende ad inglobare altre fonti (gli usi o la legge con riguardo alla *culpa in contrahendo*) e finisce da esse doppiata.

Il **modello di common law** conosce una esperienza quasi codificata (quella americana) e non (quella inglese); in entrambe la buona fede è a ridosso di quelle che possono dirsi le pratiche in uso nel commercio.

I principi di buona fede in *Inghilterra*, quali aspetti o parti della *lex mercatoria* divennero parte del diritto generale applicato dalle Corti quando queste presero il posto delle merchant Courts; resta comunque il rilievo che il diritto inglese è in linea di principio restio ad attribuire valenza autonoma alla buona fede, senza appoggiarla al costume o agli usi. Espressamente è bandita dalla negoziazione, perché ogni negoziazione implica una porzione di rischio che non può essere eliminata o attenuata dal dovere di buona fede.

Nel diritto degli *Stati Uniti* esistono testi statutari che fanno riferimento alla buona fede (l'Uniform Commercial Code e il Second Restatement sui contratti); dovrà quindi tenersi conto della buona fede ma con alcuni distinguo. Riemerge la distinzione fra la buona fede nell'acquisto e nella esecuzione, fenomeni che vanno mantenuti separati perché esprimono diversi tipi di problemi; non si ritiene, come nel diritto inglese, l'obbligo di comportarsi in buona fede nella fase di contrattazione. Qualche autore ha osservato che mentre per i giuristi di civil law le responsabilità si appoggiano alla *culpa in contrahendo*, invece, per quelli di common law il fondamento può essere diverso: arricchimento senza causa, promessa vincolante, etc.

Nel **modello nord americano** il principio si colloca a ridosso della libertà dei contraenti, ritenendo la clausola implicitamente inserita nel contratto. Sicché la clausola di buona fede non si oppone al testo contrattuale ma lo integra, il che è particolarmente avvertito quando si tratta di limitare poteri discrezionali previsti in contratto (es. del contratto di somministrazione in cui la riduzione della richiesta di somministrazione deve avvenire nel rispetto della buona fede). Ma questa non è l'unica configurazione dottrinale, essendosi proposto di definire la buona fede in senso negativo, come esclusione di determinati comportamenti, oppure come limite ai tentativi di un contraente di recu-

perare utilità alle quali aveva rinunciato al momento della contrattazione; oppure infine l'opinione di chi ritiene cumulabili o integrabili le varie costruzioni proposte. In relazione alle circostanze del caso (un po' come in Germania) può scegliersi fra la buona fede integrativa e quella limite, a seconda che si voglia imporre un comportamento positivo, oppure si tratta di impedire comportamenti scorretti. Quanto al solito dilemma se debba guardarsi a uno standard soggettivo di onestà o oggettivo di ragionevolezza nel significato da attribuire alla buona fede, si ritiene che sono le Corti in relazione al caso a doverlo stabilire, tuttavia proprio per il fatto che l'espressione buona fede si accompagna di solito a quella di *fair dealing in the trade*, si preferisce un significato oggettivo di ragionevolezza, che guarda a ciò che può definirsi *reasonable commercial standards of fair dealing* in quel determinato settore commerciale.

Il modello dei principi pencola fra i vari modelli; un dato unitario è che il riferimento alla buona fede esprime una regola pervasiva dell'intera disciplina contrattuale in tutte le varie fasi della vita contrattuale; si può dire che là dove non operino pattuizioni difformi la buona fede tende a disegnare l'intera mappa dei doveri contrattuali.

Questo modello non sta solo ma si appoggia al richiamo al *fair dealing* nel commercio internazionale (art. 1.7) il che impedisce qualificazioni domestiche della buona fede; gli standards possono variare da un settore di commercio ad altro (coinvolgono dimensioni delle imprese, il loro grado più o meno evoluto di specializzazione, etc.).

Il rilevato accoppiamento fra quei due concetti, se da un lato dà alla buona fede una connotazione oggettiva, come si dice uno standard di comportamento più che uno *state of mind*, esige che si guardino le circostanze del caso, sicché un comportamento corretto oggettivamente nel commercio internazionale, può essere scorretto nel caso concreto (si tratta di una delicata opera di mediazione tra una regola del caso concreto e la valenza oggettiva della correttezza nel commercio); quest'ultimo riferimento alla nozione di *fair dealing* implica l'adesione del redattore dei principi al modello di buona fede nella esecuzione.

E ciò determina l'*ambito* del principio che resta fedele alla esecuzione del contratto, mentre la formazione di esso resta a rischio di ciascuna delle parti.

Quanto alla *forma* di rilevanza del dovere di buona fede deve richiamarsi l'art. 5.2 lettera c secondo cui la buona fede è fonte di obbligazioni implicite (*implied obligations*) come altre fonti, ad es. la ragionevolezza (qui si ritrovano le idee degli *implied terms* del modello anglosassone o quelle integrative del modello tedesco). È significativo tuttavia che la tradizione dei codici di civil

law, francese art. 1135 e italiano, art. 1374, siano restii ad accogliere la buona fede fra le fonti di integrazione del contratto, perché gli usi e l'equità sono fonti, non la buona fede, questa è una variabile non strettamente dipendente dal contenuto del contratto.

In un testo in cui il ricorso alle clausole generali, come quello dei Principi, è frequentissimo, è evidente che la buona fede subisce la concorrenza di altre clausole, dalle quali è opportuna distinguerla. Viene in primo piano il richiamo alla ragionevolezza (reasonableness) contenuto in varie disposizioni (sia in fase di formazione, ove un'offerta è definita irrevocabile se è ragionevole, art. 2.4; in sede di interpretazione: se non è possibile determinare la comune intenzione delle parti si guarda al significato che darebbe una persona ragionevole, art. 4.1 (il contratto deve essere interpretato secondo il significato che persone ragionevoli della stessa qualità delle parti avrebbero ad esso attribuito nelle medesime circostanze)); ove il contratto presenti una lacuna si può inserire una clausola appropriata che sarà quella ragionevole, art. 4.8 lett. d; anche i doveri derivanti da ragionevolezza si considerano inseriti implicitamente nel contratto, art. 5.2; il dovere di cooperazione, imposto dall'art. 5.3 è quello che è ragionevole aspettarsi dal contraente; ma quale è il ruolo dell'una o dell'altra? Semanticamente si potrebbe osservare che ragionevole non è sempre sinonimo di corretto (la correttezza richiama la categoria del dover essere, la ragionevolezza quella più empirica della praticabilità di una determinata soluzione, perché sorretta da giustificazione e quindi ragionevolmente fondata) (Di Majo). Vi sarebbe la tentazione di considerare il rinvio alla ragionevolezza come equivalente a quello della buona fede (Bonell), forte dei testi statutari statunitensi che descrivono il dovere di buona fede in termini di "osservanza di uno standard ragionevole di condotta corretta" (Uniform Commercial Code).

Non resta che affidarsi al diverso significato lessicale delle due espressioni: richiamare i contenuti di ragione di una certa clausola può significare dare ingresso a considerazioni utilitaristiche e di efficienza, mentre la buona fede è orientata verso considerazioni di ordine etico (etica contrattuale). Si tratta comunque di confini mobili, facilmente valicabili, ma occorre considerare che i principi hanno inteso offrire ai futuri giudici od arbitri schemi di motivazioni di possibili decisioni, piuttosto che modelli di doveri sostanziali (Di Majo); e questa può essere una risposta alle perplessità avanzate ieri in proposito da Alberto Stagno.

I confini con gli usi e le pratiche cui pure fanno riferimento le *generals provisions* (art. 1.8) sono più facilmente tracciabili. I principi hanno riservato agli usi un ruolo sistematico, sia nella interpretazione (art. 4.3) sia nella integra-

zione (art. 5.2), e tali usi possono essere o quelli conosciuti dalle parti o propri del commercio internazionale. Inoltre la rilevanza dell'uso è fattuale, consiste nella reiterazione di un condotta che precede la contrattazione, mentre la individuazione del principio di buona fede insorge dal conflitto, in sede di contrattazione, e ancora nella buona fede si esprime un giudizio di ordine etico (pur se l'opinione da noi non è pacifica, si parla di un principio di solidarietà sociale), anche se supportato da certe pratiche di condotta, mentre nell'uso si guarda solo alla effettiva osservanza di tale condotta.

Il dovere di buona fede è *inderogabile* ciò deriva dall'art. 1.7, 2° comma; lo standard di correttezza o di ragionevolezza non può essere oggetto dell'autonomia delle parti. Anche se è possibile limitare o escludere la responsabilità dell'una parte per inadempimento, pur nei limiti di validità della fairness (equità), tuttavia si tratta pur sempre di pattuizioni che possono limitare o escludere singole fattispecie di responsabilità, incidendo sui danni, o imporre penali, (art. 7.4.13), ma non anche regolare a priori standards di comportamento o di condotta.

In conclusione è indiscutibile che i contratti commerciali internazionali presentano per loro natura e carattere una vocazione spiccata ad essere investiti dal dovere di buona fede e di fair dealing; la natura elastica e flessibile di tale dovere lo rende particolarmente appropriato ad essere fonte di doveri integrativi e a modulare quelli previsti dalle parti. È principalmente la fase esecutiva a sollevare la esigenza di essere valutata in termini di buona fede; quella formativa è ancora dominata dalla autonomia e dalla libertà delle parti, che possono fare e disfare. È nella fase esecutiva che una delle parti può essere indotta nella tentazione di appropriarsi di alcune utilità cui aveva rinunciato nella fase di conclusione del contratto (è questa la intuizione che è alla base della regola operativa proposta da Burton, un giurista di common law).

Anche se infine questa diagnosi non è pacifica, sembra da condividere l'opinione di chi (Bonell) ha conclusivamente sostenuto che i Principi, formulando in termini assai ampi e incondizionati il dovere di comportarsi secondo buona fede, manifesterebbero un approccio familiare con la generalità dei sistemi di Civil Law, mentre si distinguerebbero dai sistemi di Common Law che non riconoscono la buona fede nella fase di contrattazione. Questa opinione è posta in dubbio da chi (Di Majo) ha rilevato che nella fase di formazione del contratto per i principi Unidroit la buona fede ha una portata soggettiva, mentre la buona fede prevista nelle general Provisions ha una connotazione oggettiva, il che dovrebbe indurre a negare che il dovere di buona fede abbia una portata generale, attraverso la vita del contratto, che invece si intende affermare.

Inoltre tale principio appare fin troppo sensibile all'etica della libertà contrattuale specie *in contrahendo*, come definita dall'art. 2.15, per formulare un controdovere generale di buona fede nella contrattazione. Agli antipodi il modello tedesco, che ha teorizzato l'esistenza di un dovere legale di buona fede che precede la conclusione del contratto. Analogamente: familiarità col modello di common law dimostra l'approccio della buona fede in termini di implied obligations (art. 5.2); questo approccio denota che la buona fede é variabile dipendente dal contenuto del contratto e non esprime valori con esso contrastanti, sicché dovrebbero essere esclusi impieghi di tipo equitativo della buona fede in senso anche correttivo dei doveri contrattuali (è questa invece una caratteristica del modello tedesco). Infine, nell'ipotesi di concorrenza di altre clausole generali, a ridimensionarla può valere il rilievo che qui i Principi non hanno inteso formulare doveri sostanziali, ma offrire solo modelli possibili di decisioni ai giudici e agli arbitri.

È un altro rilievo conclusivo viene suggerito dall'indagine che precede, rilievo che, in certo senso, esalta la funzione della buona fede, seppure in senso ampio, attribuendole, addirittura, una funzione moralizzatrice di ogni contrattazione.

È proprio dal principio fissato nell'art. 3.10, dedicato all'eccessivo squilibrio che si trae la regola della possibilità di annullare il contratto o una singola clausola, se al momento della conclusione il contratto o la clausola attribuivano ingiustificatamente all'altra parte un vantaggio eccessivo (ovviamente nella ricorrenza dei requisiti ulteriori: che l'altra parte abbia tratto un ingiusto vantaggio dallo stato di dipendenza; da difficoltà economiche, o da necessità immediate della prima parte, oppure dalla sua imperizia, ignoranza, inesperienza o mancanza di abilità a trattare; nonché la natura e lo scopo del contratto).

Questa disposizione, che affida alla giustizia contrattuale (alla quale ieri ha accennato Stagno, seppure ad altro fine), il ristabilimento dell'equilibrio contrattuale, prescindendo dal principio liberale della libertà contrattuale, della autonomia privata, alle quali regole sostituisce quella della reazione a una grossa disparità, che non trova riscontro nel nostro sistema legato ancora ai fenomeni analoghi ma diversi della impossibilità sopravvenuta, e ancor più della rescissione per lesione, ha fatto parlare di morte del contratto (Gilmore).

Morte, ovviamente, come atto, con uno spostamento di un angolo visuale tradizionale per la scienza giuridica italiana, verso un nuovo modo di prospettare la giustizia contrattuale non più come valore antitetico alla libertà contrattuale, ma piuttosto capace di integrare le lacune da esso mostrate. Viene

così valorizzato il momento della negoziazione, piuttosto che quello di gestione dell'affare, momento della negoziazione nel quale è protagonista la buona fede.

Per questo aspetto, del quale può trovarsi una certa aspirazione allo stato embrionale nel nostro sistema nei recenti articoli 1469 bis, I comma, e 1469 ter, II comma c.c., la giustizia contrattuale appare nelle transazioni commerciali, specie in quelle dei contratti di durata che dominano la scena del commercio internazionale, una risorsa insostituibile per la vita stessa del contratto in corso di esecuzione, in un'ottica oggettiva di redistribuzione delle risorse originariamente allocate in nome della logica del mercato, non già in certo senso della libertà contrattuale, realizzando una sorta di giustizia distributiva, i cui rimedi nascono dal ricordato principio dell'art. 3.10, quasi si trattasse di un atto dovuto.

La valenza specifica di questa disposizione è quella di riconoscere dignità di principio generale ad un bisogno di giustizia contrattuale in un mondo quale quello espresso dalla *lex mercatoria*, principio che traghetta nei diversi sistemi sotto le spoglie di regole, quali la buona fede, universalmente riconosciuta.